

Les Cahiers de droit

Réflexions fiscales sur la famille

André Lareau



Volume 34, numéro 4, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043249ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043249ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lareau, A. (1993). Réflexions fiscales sur la famille. *Les Cahiers de droit*, 34(4), 1205–1234. <https://doi.org/10.7202/043249ar>

Résumé de l'article

Le budget du 25 février 1992 a énoncé des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui représentent une adaptation au mode de vie actuel des citoyens du Canada. En effet, la définition du terme « conjoint » a été élargie afin d'englober les conjoints de fait en vue de mettre fin à une disparité fiscale existant entre les personnes mariées et celles qui vivent en union de fait. Dans le présent texte, l'auteur compare la notion de conjoint telle qu'on la connaissait avant le 1^{er} janvier 1993 à celle qui prévaut depuis cette date et il soulève aussi les difficultés d'application susceptibles d'être causées par les nouvelles dispositions. Par ailleurs, il est question des problèmes engendrés par la notion de conjoint notamment en matière de déductibilité des frais de garde d'enfants ainsi que des solutions apportées à cet égard par les nouvelles mesures de même que des lacunes qui subsisteraient.

Enfin, l'auteur conclut que même si les nouvelles dispositions permettant un élargissement de la notion de conjoint constituent un pas dans la bonne direction, il faudrait s'attaquer au texte même de la législation et repenser le système afin de redéfinir des règles claires et plus objectives dans tous les domaines de la fiscalité familiale.

Réflexions fiscales sur la famille*

André LAREAU**

Le budget du 25 février 1992 a énoncé des modifications à la Loi de l'impôt sur le revenu qui représentent une adaptation au mode de vie actuel des citoyens du Canada. En effet, la définition du terme « conjoint » a été élargie afin d'englober les conjoints de fait en vue de mettre fin à une disparité fiscale existant entre les personnes mariées et celles qui vivent en union de fait. Dans le présent texte, l'auteur compare la notion de conjoint telle qu'on la connaissait avant le 1^{er} janvier 1993 à celle qui prévaut depuis cette date et il soulève aussi les difficultés d'application susceptibles d'être causées par les nouvelles dispositions. Par ailleurs, il est question des problèmes engendrés par la notion de conjoint notamment en matière de déductibilité des frais de garde d'enfants ainsi que des solutions apportées à cet égard par les nouvelles mesures de même que des lacunes qui subsisteraient.

Enfin, l'auteur conclut que même si les nouvelles dispositions permettant un élargissement de la notion de conjoint constituent un pas dans la bonne direction, il faudrait s'attaquer au texte même de la législation et repenser le système afin de redéfinir des règles claires et plus objectives dans tous les domaines de la fiscalité familiale.

The Federal Budget tabled on February 25, 1992 substantially modified the Income Tax Act regarding the definition of « common law spouse » so as to allow a more modern approach to this concept in har-

* L'auteur désire remercier très sincèrement M^e Claude Rioux qui a fait preuve d'une patience exemplaire en acceptant de critiquer et de commenter une version antérieure du présent texte. Merci aussi à l'équipe de recherche fiscale composée de Nancy Paquet, Janie Tremblay et Nathalie Auger, étudiantes à la Faculté de droit de l'Université Laval. Le texte engage la seule responsabilité de l'auteur.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

mony with current lifestyles in the 1990's. In like manner, the new provision put an end to several disparities existing in our tax system between married and unmarried couples. The author compares the notion of spouse as it was known prior to January 1, 1993 to the one in the new provision. In addition, the author deals with some of the problems that may be encountered with the recognition of a common law spouse for all purposes of the Act.

The article also analyzes child care deduction provisions and suggests some changes that would make the tax system more equitable.

Finally, the author concludes that although the amendments to the Act are a step in the right direction towards tax neutrality, tax legislation as applied to the family should be reviewed in order to make its rules clearer and more equitable.

	<i>Pages</i>
1. Les objectifs de la loi en matière de famille.....	1208
2. La définition du terme « conjoint »	1211
2.1 Avant le discours du budget du 25 février 1992	1211
2.2 Après le discours du 25 février 1992	1215
2.3 Les autres conséquences de la nouvelle définition.....	1222
3. Les frais de garde d'enfants	1224
Conclusion	1233

Il serait faux de prétendre que les lois fiscales au Canada constituent un outil fondamental de changement social. Ces lois reflètent plutôt, quoique bien tardivement, un mode de vie déjà établi et enraciné. Toutefois, elles peuvent servir de catalyseur en matière économique. C'est ainsi que le législateur a créé des mécanismes afin d'encourager l'investissement dans des secteurs particuliers de l'économie, tels le secteur minier ou celui de la recherche ou du développement. Ces incitatifs fiscaux profiteront alors à ceux qui ont les moyens d'entrer dans ce jeu qui a comme objectif de favoriser un domaine d'investissement privilégié par le législateur.

Hormis les mesures fiscales touchant le domaine des affaires, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ ne contient pas suffisamment de mesures innova-

1. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

trices, stimulantes et applicables à tous et chacun. De plus, peu d'efforts ont été déployés afin de simplifier la loi et de la rendre plus compréhensible et accessible au commun des mortels. Ainsi, nous estimons intolérable que les dispositions fiscales s'appliquant au domaine de la famille, par exemple celles qui sont relatives à la déduction des frais de garde d'enfants², soient rédigées dans un vocabulaire aussi trituré et complexe³, alors que ces dispositions s'appliquent à des millions de citoyens canadiens.

Lors du dépôt du budget fédéral du 25 février 1992, plusieurs modifications à la loi ont été annoncées, dont certaines mesures visant à étendre à l'union libre⁴ les dispositions fiscales s'appliquant à la famille traditionnelle⁵. Ces mesures font suite à un besoin évident d'actualiser une loi qui semblait manquer de souffle et qui ne correspondait plus à la réalité sociale canadienne. En effet, combien de fois n'avons-nous pas entendu décrier, au cours des dernières années, le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* était discriminatoire⁶? Ce problème est maintenant résolu en grande partie. Dorénavant, c'est-à-dire depuis le 1^{er} janvier 1993, les couples hétérosexuels vivant en union libre depuis plus de un an ou même depuis moins, dans le cas où un enfant fait partie de cette relation, seront considérés, aux fins de la loi, au même titre que les couples mariés.

Le présent article vise donc, dans un premier temps, à analyser ces nouvelles mesures, qui ont été annoncées dans le document budgétaire à l'égard de la famille. Par ailleurs, nous discuterons aussi de certaines autres

2. *Id.*, art. 63.

3. Ce phénomène qui caractérise si bien la *Loi de l'impôt sur le revenu*, soit l'impossibilité pour le commun des mortels d'en comprendre la moindre phrase dans une première lecture, n'est sûrement pas étranger à la farouche réticence, du moins de prime abord, qu'éprouvent les étudiants des facultés de droit par rapport à l'étude de ce domaine du droit. Il existe certainement des méthodes qui peuvent être utilisées par le ministère des Finances afin d'alléger le texte de la loi ou de le rendre plus compréhensible. Une d'elles serait de s'assurer que la version française de la loi cesse d'être une simple traduction de la version anglaise, comme c'est encore le cas en 1993, et ce, quoi qu'en disent les autorités en place.

4. Les données portant sur le recensement de 1986 permettent de constater que l'existence d'une union libre est invoquée de multiples façons dans les réponses obtenues; par exemple, « pensionnaire en union libre du fils de la personne I, partenaire en union libre du chambreur, amant résident ». Par ailleurs, au 1^{er} juin 1990, le Canada comptait 13,9 p. 100 de familles monoparentales. En 1986, 8,3 p. 100 des couples vivaient en union libre, comparé à 6,4 p. 100 en 1981. De plus, en 1986, 30,0 p. 100 des femmes âgées entre 20 et 24 ans et 38,0 p. 100 des hommes du même âge qui vivaient en couple vivaient en union libre: STATISTIQUES CANADA, *Données du recensement de 1986 sur la famille*, document 99-113F, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1990, p. 42.

5. L'auteur entend, de façon générale, par « famille traditionnelle » celle qui est créée par le mariage.

6. Thibaut c. La Reine, 92 D.T.C. 2098.

modifications qui pourraient être apportées à la loi afin qu'elle soit plus en harmonie avec l'actuel mode de vie des Canadiens, qu'elle tienne compte de la nouvelle définition que la société cherche à donner au terme « famille ». C'est ainsi que nous aborderons plus particulièrement la question de la déductibilité fiscale des frais de garde d'enfants.

1. Les objectifs de la loi en matière de famille

Le livre blanc sur la fiscalité⁷, déposé en 1969 par le ministre Benson et précédé par le rapport Carter⁸, énonçait les deux objectifs économiques fondamentaux que doit viser le système fiscal : 1) une répartition juste et équitable du fardeau fiscal en fonction de la faculté contributive ; et 2) une croissance économique stable et une prospérité soutenue.

Le deuxième objectif est le plus visible dans la loi puisqu'il est celui qui motive l'utilisation de tous ces abris fiscaux qui font le délice des investisseurs et des autres intervenants économiques. C'est ainsi que nous retrouvons des dispositions fiscales empreintes parfois d'un certain dynamisme économique et dont le but avoué est de stimuler l'économie nationale⁹.

L'autre objectif, celui qui est basé sur l'équité, nécessite des mesures législatives beaucoup moins flamboyantes et fracassantes, puisqu'il n'agit, somme toute, que comme chien de garde du système fiscal. Ce concept d'équité qui devait, selon le rapport Carter, constituer l'élément primordial du système fiscal canadien¹⁰ se présente sous deux formes. D'une part, l'équité horizontale vise à assurer que les contribuables disposant de ressources financières identiques paient le même montant d'impôt et, d'autre part, l'équité verticale tend à rechercher des critères permettant d'imposer différemment des personnes ayant des revenus différents. Cette dernière forme d'équité a eu comme résultante l'établissement d'un mécanisme lié à la progressivité du système d'imposition au Canada par lequel les plus nantis doivent payer un pourcentage d'impôt plus important que les moins fortunés.

7. E.J. BENSON, *Propositions de réforme fiscale*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 6.

8. CANADA, COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, 6 vol.

9. Par exemple, une de ces mesures est la non-imposition des premiers 500 000 \$ de gain en capital généré au moment de la disposition d'actions qui satisfont aux prescriptions des articles 110.6 et suivants de la loi.

10. R.W. BROADWAY et H.M. KITCHEN, *Canadian Tax Policy*, 2^e éd., Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1984, p. 7 ; W.N. THIRSK et J. WHALLEY, *Tax Policy Options in the 1980s*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, p. 20.

C'est toutefois la notion d'équité horizontale qui retiendra notre attention dans le présent article. Les modifications apportées par le budget du 25 février 1992 à l'égard de la fiscalité familiale l'ont certainement été en fonction de cet objectif d'équité. Elles visent à corriger l'illogisme qui résultait de l'application antérieure de cet objectif par rapport à la vision sociale d'un couple moderne.

Le législateur, en matière fiscale, ne cherche pas à innover et à créer de nouvelles règles de droit régissant les rapports entre individus, pas plus qu'il ne doit avantager une certaine catégorie de gens au détriment d'une autre. Toutefois, lorsqu'il est question du traitement fiscal des personnes mariées par opposition à celui qui est accordé aux conjoints de fait, nous avons décelé dans la loi un certain anachronisme. En effet, jusqu'à tout récemment, le législateur avait choisi d'ignorer l'existence des unions de fait. Par exemple, avant le 12 décembre 1979, le traitement fiscal applicable au paiement et à la réception des pensions alimentaires ne s'appliquait qu'aux personnes mariées¹¹. Par la suite, une certaine ouverture s'est créée de façon à permettre aux conjoints de fait visés par règlement de profiter de ce traitement fiscal. Cependant, cette mesure était illusoire puisqu'un bon nombre de contribuables, y compris les contribuables québécois, ne pouvaient s'en prévaloir. En 1988, la loi a été modifiée de façon à permettre la déduction du paiement de la pension alimentaire effectué au profit de l'ex-conjoint de fait et des enfants issus de l'union dans la mesure où le versement a été effectué en vertu d'une ordonnance rendue par un tribunal compétent en conformité avec la législation d'une province¹². Encore une fois, cette modification législative a été de bien peu d'utilité pour les contribuables québécois qui ne pouvaient se fonder sur un texte législatif validant un paiement de pension alimentaire au profit d'un ex-conjoint de fait. D'autres mesures fiscales visant, entre autres, les régimes de pension et les régimes enregistrés d'épargne-retraite accordaient depuis 1988 aux conjoints de fait un traitement fiscal identique à celui qui était imparti aux personnes mariées¹³.

Cette adaptation législative s'est toutefois faite au compte-gouttes. Elle a procédé, selon nous, beaucoup trop lentement alors que la société démontrait déjà depuis plusieurs années qu'elle était disposée à effectuer un virage important concernant la reconnaissance de l'union libre.

La nouvelle politique fiscale annoncée lors du dépôt du budget fédéral du 25 février 1992 prévoit que la définition plus générale du terme « con-

11. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 56 (1) c. 1) et 60 c. 1).

12. *Ibid.*

13. *Id.*, par. 146 (1.1), 146 (16), sous-al. 146.3 (2) f) (iv), par. 146.3 (14) b), par. 147.3 (5) b).

joint » qui était jusqu'alors employée uniquement¹⁴ pour l'application des dispositions touchant les pensions et les autres régimes de retraite sera étendue à toutes les autres fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁵. Cette nouvelle approche constitue un pas important vers la reconnaissance du nouveau cadre de vie familiale des années 1990 qui diffère substantiellement de celui qui existait lors de la réforme fiscale de 1972. Dorénavant, la loi placera sur un même pied, et ce, à toutes fins, les conjoints de fait et les personnes mariées, quoique son application risque parfois de donner lieu à des résultats qui peuvent sembler inéquitables.

Toutefois, la réforme doit-elle s'arrêter là ? Nous ne le croyons pas. Il serait peut-être temps que les dispositions fiscales soient applicables de la même façon à toutes les familles, qu'elles soient le résultat d'une union hétérosexuelle ou homosexuelle. Les contribuables dont les obligations financières sont identiques doivent être traités de façon identique.

Par ailleurs, la loi doit aussi reconnaître que les obligations de soutien ne sont pas limitées aux paiements effectués entre conjoints ou ex-conjoints. En effet, au Québec, le *Code civil du Québec*¹⁶ prévoit que les aliments peuvent être exigés entre descendants et ascendants. Or, compte tenu du taux de chômage élevé chez les jeunes, ces derniers se tournent de plus en plus vers le parent ou le grand-parent et exigent que ces derniers s'acquittent de leurs obligations alimentaires. Hormis les situations visées par une séparation ou un divorce et impliquant un ex-conjoint, le payeur est dans l'impossibilité de déduire le montant qui lui est ainsi exigé.

Il est impératif que le législateur intervienne afin de continuer la réforme amorcée par le budget du 25 février 1992 en matière de fiscalité familiale. Ainsi, un effort particulier devra être investi afin de revoir la notion de déductibilité de la pension alimentaire puisque celle-ci crée de flagrantes injustices pour le créancier alimentaire qui doit alors supporter un fardeau fiscal pouvant frôler les 65 p. 100. Nous croyons aussi important qu'une législation en matière de fiscalité familiale puisse être comprise adéquatement par les principaux intéressés, c'est-à-dire les contribuables, afin que ces derniers s'acquittent de leurs obligations fiscales en toute connaissance de cause. La loi actuelle est si peu limpide et laisse place à

14. À cet égard, il est intéressant de noter qu'au Québec l'article 776.29 de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3) étend aussi la définition de « conjoint » aux conjoints de fait, et ce, aux fins du calcul du crédit d'impôt à l'égard des familles. Voir aussi les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, où l'expression « personne assumant les frais d'entretien » fait référence implicitement au conjoint de fait.

15. CANADA, MINISTÈRE DES FINANCES, *Le budget 1992*, Ottawa, Ministère des Finances, 25 février 1992, p. 148.

16. C.c.Q., art. 631.

tellement d'interprétations jurisprudentielles que cela est presque équivalent à un déni de justice pour le contribuable qui doit engager des frais importants afin de se faire expliquer le fonctionnement de la loi et son application par les tribunaux.

Dans la poursuite de ces objectifs, il faut revenir à l'essentiel d'une disposition fiscale et tenter de découvrir la raison fondamentale de son existence. C'est ainsi que le rapport Carter avait suggéré que la famille soit traitée à titre d'entité fiscale et que, par conséquent, elle soit imposée comme une seule personne¹⁷. Même si nous sommes en désaccord avec une telle conclusion, ce qui importe est que la commission Carter a pris le temps d'étudier et d'analyser les mémoires soumis. Jack London, professeur à la Faculté de droit de l'Université du Manitoba, était un des partisans de la recommandation émise par la commission Carter¹⁸. Toutefois, compte tenu des changements socio-économiques de la société canadienne et, en particulier, de l'augmentation du taux de divorce depuis la fin des années 1960, le professeur London a choisi d'adopter une nouvelle approche et considère maintenant que la famille en tant qu'unité économique n'est plus un concept réaliste :

These changes argue strongly in favour of greater and more secure forms of economic independence for women, both as of right and in the ever more important battle to stem the feminization of poverty. That, in turn, argues for treating women who earn income as independent tax units so that they may benefit from the legislated income-splitting that occurs when the system does not aggregate marital income¹⁹.

L'unité familiale représente toujours un aspect important de la société canadienne et ce concept revêt maintenant des formes diverses que la loi devrait reconnaître. Il est important que la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'agisse pas comme censeur du mode de vie choisi par les individus.

2. La définition du terme « conjoint »

2.1 Avant le discours du budget du 25 février 1992

Analysons maintenant la notion de conjoint telle que nous la connaissons avant le budget du 25 février 1992²⁰ et ignorons pour l'instant la nouvelle définition accordée à ce terme.

17. CANADA, COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *op. cit.*, note 8, vol. 3, p. 142.

18. J.R. LONDON, *Taxation of the Family United, Proceedings of the 26th Tax Conference-1974*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1975, p. 297 ; J.R. LONDON, « Taxation of the Family : The Family as the Basic Tax Unit », (1979) *Canadian Taxation* 4.

19. J.R. LONDON, « The Impact of Changing Perceptions of Social Equity on Tax Policy : The Marital Tax Unit », (1988) 26 *Osgoode Hall L.J.* 287, 289.

20. Abstraction faite des particularités déjà citées par l'auteur ; voir *supra*, notes 13 et 14 et le texte correspondant.

Le terme « conjoint » est employé à 75 reprises dans la loi ; on y trouve aussi l'expression « contribuable marié²¹ » et « particulier marié²² ». Hormis le paragraphe 252 (3) de la loi qui prévoit une extension de la signification du terme « conjoint », la loi n'en donne aucune définition précise²³. La jurisprudence, pour sa part, a choisi de restreindre le sens donné à ce terme aux personnes mariées²⁴.

Le traitement fiscal accordé aux personnes mariées diffère substantiellement de celui qui est imparti aux conjoints de fait. Alors que les personnes mariées sont reconnues comme des personnes « liées » au sens de la loi, les conjoints de fait sont traités comme des personnes ayant un lien de dépendance. Avant les modifications entraînées par le discours du budget du 25 février 1992, certaines dispositions de la loi s'appliquent uniquement aux personnes mariées, tandis que d'autres, en très faible nombre, s'appliquent simultanément aux personnes mariées et aux conjoints de fait. Aucune disposition législative ne s'applique alors exclusivement aux conjoints de fait.

Parfois, la loi accorde certains avantages fiscaux aux personnes mariées, tandis que dans d'autres circonstances ce sont les conjoints de fait qui sont avantagés. Par exemple, les règles fiscales applicables au cas de décès accordent beaucoup plus de flexibilité aux personnes mariées qu'aux conjoints de fait²⁵. De même, seules les personnes mariées peuvent bénéficier du crédit d'impôt pour personnes mariées²⁶.

Par contre, il est plus avantageux de vivre en union libre afin de profiter du crédit équivalent à celui de personne mariée à l'égard d'un

21. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 56 (1) s).

22. *Id.*, par. 122.4 (4).

23. *Supra*, note 20.

24. *The Queen c. Taylor*, 84 D.T.C. 6234. Voir à ce sujet D. LACROIX, *Union libre — L'aspect fiscal*, Conférence n° 19, 16^e Congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière, Montréal, 1991, p. 5. Dans l'affaire *Egan c. La Reine* (Cour fédérale, section de première instance, 2 décembre 1991), le juge Martin a jugé que, aux fins des paiements de pension de vieillesse prévus en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (S.R.C., c. O-6), la définition de « conjoint » ne s'applique pas à un couple homosexuel ayant fait vie commune pour une période de 43 ans puisque, d'une part, l'article 2 de cette loi définit les conjoints comme étant des personnes de sexe opposé et que, d'autre part, cette définition n'est pas contraire aux droits protégés en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

25. Entre autres, les biens en immobilisations du défunt peuvent être transférés, sans conséquence sur le plan fiscal, au conjoint survivant en vertu du paragraphe 70 (6) de la loi.

26. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 118 (1) a).

enfant du contribuable²⁷. En effet, les personnes non mariées qui ont un enfant peuvent prendre un crédit « enrichi » à l'égard de cet enfant équivalant à celui qui est accordé aux personnes mariées. Ainsi, dans une union de fait où les deux conjoints travaillent, chacun utilise son crédit personnel et, au surplus, un parent de l'enfant peut utiliser ce crédit « enrichi ».

Les règles fiscales relatives à la vente d'une résidence principale favorisent aussi les couples vivant en union libre. En effet, le gain réalisé au moment de la vente d'une telle résidence est généralement exempt d'impôt. Or, le couple marié ne peut, à l'égard d'une même période, déclarer plus d'une habitation au titre de résidence principale, alors que cette possibilité existe pour les conjoints de fait qui peuvent ainsi bénéficier d'un dédoublement de cet avantage fiscal²⁸ lorsque chacun des conjoints est propriétaire d'une habitation.

Devant ces disparités majeures, les contribuables canadiens étaient en droit de se demander s'il est normal que le statut civil d'une personne, c'est-à-dire son choix de mode de vie, ait un effet sur sa charge fiscale, et ce, bien qu'il soit évident que certains choix de société entraînent des conséquences fiscales lorsque celles-ci sont dictées par un objectif social ou politique²⁹.

À cet égard, qu'est-ce qui motivait à ce moment le législateur à accorder aux conjoints de fait un traitement fiscal différent de celui des personnes mariées ? Deux arguments peuvent être soulevés en réponse à cette question.

D'une part, le pouvoir de légiférer en matière de droit civil est de compétence provinciale. Par conséquent, la reconnaissance des conjoints de fait à titre de personnes mariées, ainsi que les conditions y afférentes lorsque cette reconnaissance existe, varient d'une législation à l'autre et

27. *Id.*, al. 118 (1) b). Dans l'affaire *Schachtschneider c. Canada* (Cour canadienne de l'impôt, 6 novembre 1991), le contribuable a invoqué sans succès que les conjoints de fait bénéficient d'une situation fiscale privilégiée par rapport aux personnes mariées.

28. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 40 (2) b) et 54 g).

29. Par exemple, la corporation qui se qualifie comme corporation privée dont le contrôle est canadien a certes un avantage fiscal indéniable en vertu de l'article 125 de la loi, et il est probablement normal qu'il en soit ainsi. En effet, un faible taux d'imposition est accordé à cette corporation sur les premiers 200 000 \$ de revenus si le revenu généré se qualifie comme un revenu d'entreprise exploité activement. Cela se justifie par le désir du législateur de favoriser la petite entreprise ayant des racines canadiennes et qui est susceptible de créer de l'emploi au pays. Dans un autre ordre d'idées, en ce qui a trait à l'imposition des particuliers, les frais de déménagement peuvent être déduits dans certaines circonstances lorsque le transfert est nécessaire afin de poursuivre un objectif de carrière (voir l'article 62 de la loi). Le législateur ne désire pas participer au financement de ces frais lorsque le déménagement ne répond qu'à un objectif personnel et que le nouveau lieu de travail ne requiert nullement un tel déplacement.

d'une province à l'autre. Le Québec, quant à lui, a choisi de ne pas reconnaître les conjoints de fait dans son code civil. Nous retrouvons toutefois une référence à cette notion dans quelques statuts à caractère socio-économique³⁰.

D'autre part, la reconnaissance des conjoints de fait implique un problème essentiellement pratique, soit celui de désigner les « vrais » conjoints de fait. Les personnes vivant dans le cadre du mariage, quant à elles, sont plus facilement reconnaissables³¹.

Les tribunaux ont déjà eu à se pencher sur cette question. En effet, dans l'affaire *Weronski c. M.N.R.*³², le juge a refusé la déduction d'une pension payée à l'ex-conjoint de fait au bénéfice des enfants lorsque le paiement était fondé sur une entente écrite sans qu'il y ait eu de jugement à cet égard. Le juge Christie s'est alors permis un commentaire justifiant l'exigence d'avoir recours à un jugement afin de pouvoir déduire le paiement dans le cas des conjoints de fait tandis qu'un accord écrit suffit pour les personnes mariées :

This distinction is essentially a policy decision relating to an evidentiary requirement to entitlement under the Act to make the deductions and it is quite understandable [...].

The social institutions of marriage and cohabitation are not the same in the eyes of the law. Marriages solemnized under laws in force in Canada are a matter of public record. This is not so respecting cohabitation. The moment persons are married, matrimonial obligations and responsibilities are created. While some of the legal obligations and benefits of marriage can arise out of cohabitation, this does not happen with the certainty and immediacy of marriage. The same assumptions that exist about legal relationships created by marriage cannot be made regarding cohabitation³³.

Bien entendu, le mariage étant une institution à caractère public, cela en facilite la vérification, tandis que l'union de fait, *per se*, ne comporte pas cette notion d'« affichage public ». Malgré cette embûche, le législateur

30: *Infra*, note 42.

31. Le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité recommandait en octobre 1985, dans son rapport, que les conjoints de fait soient traités de la même façon que les personnes mariées. Voir CANADA, COMITÉ PARLEMENTAIRE SUR LES DROITS À L'ÉGALITÉ, *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985, p. 151. Par ailleurs, en réponse à cette recommandation, le gouvernement a indiqué que l'obstacle majeur à cette reconnaissance était l'absence de certitude de l'état de « conjoint de fait » du point de vue de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que la relation doit pouvoir être établie comme étant une union de fait dès ses débuts et non pas une fois qu'elle a résisté à l'épreuve du temps : CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Cap sur l'égalité, Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1986, p. 19.

32. *Weronski c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1105, 1111.

33. *Ibid.*

avait déjà choisi de reconnaître les conjoints de fait à quelques endroits dans la loi et de leur accorder un traitement fiscal identique à celui des personnes mariées, cette reconnaissance s'effectuant généralement en employant les expressions « situation assimilable à une union conjugale³⁴ » ou « personne assumant les frais d'entretien³⁵ ».

2.2 Après le discours du 25 février 1992

Le discours du budget du 25 février 1992 annonce que la notion de conjoint comprend dorénavant celle de conjoint de fait depuis le 1^{er} janvier 1993. Celle-ci sera toutefois limitée aux personnes de sexe opposé qui ont vécu en union conjugale pour une période d'au moins 12 mois ou qui sont les parents d'un enfant. Cette modification s'applique à toutes les fins de la loi de telle sorte que les conjoints de fait visés seront dorénavant assimilés à des personnes mariées. Ainsi, les conjoints de fait seront tantôt avantagés, tantôt désavantagés, selon les circonstances. Par exemple, les conjoints de fait peuvent maintenant bénéficier du crédit de personne mariée et des dispositions relatives au roulement entre vifs et au décès. Toutefois, ces « nouveaux mariés » perdront certains bénéfices qui leur étaient chers ; ainsi, il ne leur sera plus possible d'utiliser le crédit équivalent de marié à l'égard d'un enfant. Par ailleurs, les règles d'attribution s'appliquent maintenant à leur égard et il ne leur sera plus possible de bénéficier individuellement de l'exemption du gain en capital relative à la vente d'une résidence principale.

Cette modification législative fera en sorte que, au moment de la rupture de l'union, en ce qui concerne l'impôt, les conjoints de fait seront soumis aux mêmes règles que les personnes mariées concernant la déductibilité et l'inclusion des paiements de pension alimentaire. Cette modification, particulièrement chère aux payeurs alimentaires du Québec³⁶, permettra dorénavant au payeur de la pension de déduire le paiement sur simple présentation d'une entente écrite signée par les parties et respectant les autres conditions prévues dans la loi. L'obligation d'obtenir une ordonnance d'un tribunal est finalement abolie.

Nous tenons à préciser que, sur le plan purement pratique, les conjoints de fait du Québec n'auront pas le choix : s'ils veulent profiter des dispositions législatives concernant la déductibilité et l'inclusion de la pen-

34. Voir par exemple *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 56 (1) c. 1), 60 (c. 1) et par. 56.1 (1), 60.1 (1), 146 (16) et 147.3 (5).

35. *Supra*, note 14.

36. Voir les commentaires de l'auteur sur ce point ; *supra*, notes 11 et 12 et le texte correspondant.

sion alimentaire, ils devront nécessairement procéder par entente écrite. En effet, il est toujours improbable, sur la base du droit civil actuel, qu'une personne puisse obtenir un jugement ou une ordonnance du tribunal imposant à son conjoint de fait l'obligation de lui payer une pension alimentaire. La rédaction d'un contrat d'union de fait alors que les parties vivent une situation harmonieuse prend alors toute son importance puisqu'il est peu probable qu'une telle entente soit possible lorsque le couple est en situation de rupture. Aucun des conjoints ne pourra, en vertu du droit civil, forcer l'autre à reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire entre eux.

Les conséquences de l'extension du terme « conjoint » sont nombreuses et peuvent causer des surprises³⁷. Ainsi, les conjoints de fait sont maintenant considérés comme des personnes liées au sens du paragraphe 251 (2) de la loi, puisqu'en vertu du paragraphe 252 (4) de la loi, un conjoint de fait visé est réputé être un conjoint. Par conséquent, en matière de corporations associées, il faudra dorénavant vérifier le portefeuille d'actions de la « belle-sœur » du conjoint de fait lorsque le contribuable et cette belle-sœur sont actionnaires directement ou indirectement de la même corporation.

La subjectivité dans la détermination de l'existence d'un lien de dépendance entre conjoints de fait fera place à une certaine objectivité dans la qualification de la relation existant entre les conjoints. Il ne sera donc plus nécessaire de déterminer, dans les situations impliquant des conjoints de fait, s'il y a existence d'un lien de dépendance, celui-ci devenant automatique par l'effet même de la loi.

La solution retenue par le ministre des Finances quant à la reconnaissance du statut fiscal des conjoints de fait est celle qui est possiblement la plus facile à administrer. D'autres options auraient pu être envisagées. Parmi celles-ci, le législateur aurait pu simplement retirer toutes références aux « personnes mariées » et les remplacer par l'expression « personnes ayant un lien de dépendance³⁸ ». Toutefois, cette dernière notion étant effectivement beaucoup plus étendue que la notion de personne mariée ou même de conjoint de fait, les objectifs recherchés par la loi n'auraient pas alors vraisemblablement été respectés de telle sorte que le roulement entre vifs serait accordé dans toutes les transactions mettant en cause des personnes ayant un lien de dépendance. Un registre des conjoints de fait aurait aussi été une solution acceptable ; un tel mécanisme a été instauré dans la ville de New York en 1993.

37. Parmi les autres conséquences, notons que l'avantage pour droit d'usage d'une automobile qui ne s'appliquait qu'aux personnes liées s'appliquera dorénavant aux conjoints de fait (*Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 6 (1) e)).

38. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, art. 251.

La reconnaissance des conjoints de fait à titre d'entité fiscale donnera toutefois lieu à certains problèmes d'ordre administratif³⁹. Alors que les formalités entourant le mariage sont empreintes d'une certaine publicité et d'un certain formalisme, la situation est bien différente dans le cas des conjoints de fait. En somme, quelles sont les conditions requises pour être considérés au titre de conjoints de fait ? Tel que le mentionne le paragraphe 252 (4) de la loi, l'ingrédient essentiel qui doit être présent afin d'assimiler des conjoints de fait à des personnes mariées est la notion de « vivre en union conjugale ». Or, cette détermination qui revêt un caractère hautement subjectif risque de donner lieu à de multiples discussions entre les fonctionnaires du ministère du Revenu et les contribuables. De façon très pratique, les contribuables devront indiquer leur « statut social » dans leur déclaration de revenus. Les conjoints de fait doivent ainsi cocher la case « conjoints de fait ». En réponse à une demande d'information verbale, un fonctionnaire du ministère du Revenu nous a précisé que le Ministère entendait se servir de l'adresse apparaissant à la déclaration comme premier indice d'une union de fait. Ainsi, lorsque deux personnes de sexe opposé partageront la même habitation⁴⁰, elles seront possiblement étiquetées comme « conjoints de fait » et elles devront répondre à des demandes d'information de la part des autorités fiscales. Afin de prendre une décision à l'égard d'un dossier, le fonctionnaire devra analyser le mode de vie de ces personnes, et ce, jusque dans ses moindres détails. Le contribuable visé qui refuserait de répondre aux questions trop indiscretes du fonctionnaire risque de recevoir un avis de cotisation, ce qui l'obligerait à recourir aux voies judiciaires afin de prouver qu'il ne vit pas en union de fait avec l'autre personne. Ces désagréments constituent-ils le prix qu'il faut payer pour « légitimiser » sur le plan fiscal les conjoints de fait ?

La détermination du statut de « conjoint de fait » fait appel à une notion mixte de droit et de fait. La question de savoir si une personne vit en union conjugale avec une autre personne nécessite une évaluation factuelle en vue de l'application d'une règle de droit. Puisque la fiscalité constitue un domaine tributaire du droit civil, le juge ayant à régler ce litige aura possiblement le réflexe d'analyser les règles de droit substantif applicables à la province de résidence du contribuable afin de vérifier, par exemple, s'il « vit en union conjugale » au sens du droit local. Cela signifie-t-il que les

39. CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 31, p. 20, indiquait : « La caractérisation d'une relation en tant qu'union de fait ne peut pas dépendre d'une déclaration volontaire des parties ; il faudrait qu'elle soit fondée sur une définition pouvant donner lieu à une application précise. Permettre que cet état soit établi par les parties concernées entraînerait une situation injuste pour les personnes légalement mariées dans le cas où la déclaration volontaire serait fausse. »

40. Cette situation se présente fréquemment chez les étudiants.

critères utilisés dans la détermination du statut de « conjoint de fait » pourraient ne pas être uniformes à travers le Canada ?

Lorsqu'un juge doit déterminer si une transaction revêt le caractère d'une vente ou d'une location, il doit fonder sa décision sur les règles de droit applicables à la juridiction visée. Par exemple, si la transaction est régie par les règles de droit québécois, le droit civil devra être utilisé afin de déterminer le cadre juridique liant les parties. Puis, une fois cette question résolue, la conséquence fiscale sera appliquée à cette détermination civile. Doit-il en être de même dans le cas des conjoints de fait ? Guidé par un souci d'équité, nous croyons que les conditions d'application du statut de conjoint de fait devraient probablement être uniformes au Canada. Cette situation diffère du cas de la vente puisque la vente constitue un acte juridique encadré par les règles de droit local, tandis que la notion de conjoints requiert davantage une évaluation des faits.

Le lecteur aura sans doute perçu une certaine hésitation dans notre prise de position. Notre réticence s'explique par l'absence d'une définition commune à cet égard, même à l'intérieur de la même province. Nous avons examiné plusieurs lois de diverses provinces afin de vérifier la définition donnée à certains termes qui nous préoccupent davantage⁴¹. Au Québec, le Code civil étant muet sur le sujet, nous avons retracé 15 lois québécoises contenant une référence à la notion de conjoint de fait⁴². De ce nombre, 7 précisent que des conjoints de fait sont reconnus à titre de conjoints lorsqu'il existe une cohabitation d'une durée minimale de trois ans, laquelle est réduite à un an lorsqu'un enfant est né de l'union. Les autres lois québécoises répertoriées exigent une cohabitation minimale d'une année ou se limitent tout simplement à indiquer que les personnes doivent vivre maritalement.

41. Pour une analyse détaillée des lois provinciales à cet égard, voir W.H. HOLLAND et B.E. STALBECKER-POUTNEY, *Cohabitation: The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1991.

42. La liste qui suit ne prétend nullement être exhaustive : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 2 ; *Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.R.Q., c. A-13.3, art. 2 ; *Loi sur les allocations d'aide aux familles*, L.R.Q., c. A-17, art. 3 ; *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 2 ; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1, art. 209 ; *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 553 ; *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 121 ; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3, art. 46 ; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 752.0.1 et 776.29 ; *Loi sur les normes de travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 80 ; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., c. R-9.3, art. 44 ; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1, art. 85 et 178 ; *Loi sur le remboursement d'impôts fonciers*, L.R.Q., c. R-20.1, art. 1 ; *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q., c. S-3.1.1, art. 2 ; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, art. 6 ; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 236.

En Ontario, nous avons relevé 34 lois contenant des dispositions visant les conjoints de fait. Parmi ces lois, 24 indiquent que les conjoints de fait sont assimilés à des conjoints lorsque ce sont des personnes « living in a conjugal relationship »⁴³. D'autres lois ontariennes prévoient que le terme « conjoint » comprend les conjoints ayant fait vie commune durant une période d'au moins un an ou ceux qui sont les parents d'un enfant issu de l'union⁴⁴. On y indique généralement de plus que ces conjoints de fait peuvent aussi se qualifier s'ils ont conclu une entente de cohabitation suivant l'article 53 du *Family Law Act*⁴⁵ de l'Ontario. Nous avons relevé une autre loi, soit le *Pension Benefits Act*⁴⁶, qui exige une durée de vie commune de trois ans. Enfin, le *Juries Act*⁴⁷ prévoit que les conjoints de fait qui désirent être traités en tant que conjoints doivent remplir une déclaration commune à cet effet en vertu de l'article 3 (1a) de cette loi. Par ailleurs, le terme *cohabit* employé dans la version anglaise du paragraphe 252 (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se retrouve dans plusieurs lois ontariennes, dont le *Family Law Reform Act*⁴⁸, et signifie, de façon générale, « live in a conjugal relationship ».

Cette application des notions de droit provincial à un statut fédéral n'est pas nouvelle. Un tel dilemme existe dans la détermination du statut d'un contribuable à titre de salarié ou de travailleur indépendant. Cette

43. La liste qui suit ne prétend nullement être exhaustive : *Absentee's Act*, R.S.O. 1980, c. 3 ; *Business Corporation Act*, S.O. 1982, c. 4 ; *Change of Names Act*, S.O. 1986, c. 7 ; *Compensation for Victims of Crime Act*, R.S.O. 1980, c. 2 ; *Co-operative Corporations Act*, R.S.O. 1980, c. 91 ; *Corporations Act*, R.S.O. 1980, c. 95 ; *Credit Unions and Caisses Populaires Act*, R.S.O. 1980, c. 102 ; *Execution Act*, R.S.O. 1980, c. 146 ; *Family Law Act*, S.O. 1986, c. 4 ; *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152 ; *Human Rights Code*, S.O. 1981, c. 53 ; *Junior Farmers Establishment Act*, R.S.O. 1980, c. 225 ; *Juries Act*, R.S.O. 1980, c. 226 ; *McMichael Canadian Collection Act*, R.S.O. 1980, c. 259 ; *Mental Incompetency Act*, R.S.O. 1980, c. 264 ; *Municipal Conflict of Interest Act*, S.O. 1983, c. 8 ; *Municipality of Metropolitan Toronto Act*, R.S.O. 1980, c. 314 ; *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1980, c. 332 ; *Ontario Mineral Exploration Program Act*, R.S.O. 1980, c. 346 ; *Ontario Youth Employment Act*, R.S.O. 1980, c. 362 ; *Partnership Act*, R.S.O. 1980, c. 370 ; *Powers of Attorney Act*, R.S.O. 1980, c. 386 ; *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466 ; *Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 488 ; *Surrogate Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 491.

44. La liste qui suit ne prétend nullement être exhaustive : *Coroners Act*, R.S.O. 1980, c. 93 ; *Elections Act*, S.O. 1984, c. 54 ; *Human Tissue Gift Act*, R.S.O. 1980, c. 210 ; *Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1980, c. 232 ; *Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262 ; *Municipal Act*, R.S.O. 1980, c. 302 ; *Municipal Elderly Resident's Assistance Act*, R.S.O. 1980, c. 307 ; *Municipal Elections Act*, R.S.O. 1980, c. 308 ; *Non Resident Agricultural Land Interests Registration Act*, R.S.O. 1980, c. 318 ; *Perpetuities Act*, R.S.O. 1980, c. 374.

45. *Family Law Act*, S.O. 1986, c. 4.

46. *Pension Benefits Act*, S.O. 1987, c. 35.

47. *Juries Act*, R.S.O. 1980, c. 226.

48. *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152.

qualification exige au préalable l'application des règles de droit des contrats et du droit du travail selon la juridiction visée⁴⁹. Le même raisonnement pourrait-il être tenu à l'égard des conjoints de fait ? Si le législateur fédéral avait voulu appliquer les notions de droit provincial, il aurait formulé le paragraphe 252 (4) en faisant référence aux lois provinciales pertinentes tel qu'il l'a déjà fait dans l'application d'autres articles de la loi⁵⁰. Puisque le statut de personnes mariées sera accordé aux conjoints de fait seulement dans les circonstances factuelles décrites à ce paragraphe, nous sommes d'opinion que ces conditions, prises isolément, ne doivent pas être perçues comme des actes juridiques, mais plutôt comme des faits donnant lieu à l'application d'une règle de droit.

Quoique le présent texte ne vise pas à effectuer une étude exhaustive du mécanisme de reconnaissance des conjoints de fait, nous désirons néanmoins soulever certaines questions qui nous apparaissent potentiellement problématiques.

Le nouveau paragraphe 252 (4) de la loi prévoit les cas de rupture d'union de fait et précise que la présomption de conjoints ne s'applique plus lorsque les conjoints de fait cessent de vivre ensemble pour cause d'échec de l'union conjugale pendant une période d'au moins 90 jours. Cette période de « carence » exigée par la loi constitue une exigence additionnelle qui n'est nullement requise lorsque des personnes mariées cessent de faire vie commune. Pourtant, la loi prévoit plusieurs mécanismes fiscaux susceptibles de s'appliquer advenant une rupture de l'union⁵¹, lesquels s'appliquent aux personnes qui ont obtenu un jugement de séparation ou de divorce ainsi qu'aux personnes mariées qui vivent séparées pour cause d'échec du mariage et qui produisent un accord écrit de séparation. Dans les cas des conjoints de fait, ces mécanismes sont assujettis à un critère supplémentaire de contrôle. Par conséquent, outre qu'ils doivent satisfaire aux conditions applicables aux personnes mariées, les conjoints de fait doivent avoir vécu séparés pour cause d'échec de l'union au cours d'une

49. *Abdul Razzaz Qureshi c. M.R.N.*, 92 D.T.C. 1150, 1158 (C.C.I.) où le juge Tremblay a indiqué : « It therefore appears that the determination as to whether an individual who provides services to a third party is an employee or an independant contractor for income tax purposes must be made in accordance with the common law or civil law concepts. The eventual use of either common law or civil law principles depends on whether the legal relationship to be ascertained arose in the province of Quebec or another Canadian province. »

50. À titre d'exemple, voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 60 c. 1) et 73 (1) d) (tels qu'ils se lisaient avant le 1^{er} janvier 1993).

51. L'auteur fait référence ici à certains mécanismes, prévus par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, tels les paiements de pension alimentaire (al. 60 b)) et les transferts de régimes enregistrés d'épargne-retraite (par. 146 (16)).

période de 90 jours. Aussitôt ce délai expiré, la rupture de l'union aura un effet rétroactif au début de la séparation. Cette exigence supplémentaire constitue-t-elle un signe de non-confiance à l'égard des conjoints de fait ? La flexibilité accordée aux personnes mariées de produire un simple accord écrit de séparation sans délai de carence devrait-elle être étendue aux conjoints de fait qui cessent de faire vie commune pour cause d'échec de l'union ?

Toutefois, nous comprenons que le ministère des Finances ne désire pas que des conjoints de fait assimilés à des personnes mariées et qui sont, par conséquent, des personnes liées aux fins de la loi deviennent des personnes non liées par une simple cessation de vie commune. Puisque des personnes mariées conservent le statut de personnes liées jusqu'au moment du divorce, le Ministère désire en quelque sorte officialiser la rupture de l'union de fait en imposant cette restriction temporelle. Nous suggérons que le législateur pourrait harmoniser davantage la fiscalité des gens mariés et celle des conjoints de fait en précisant que le délai prévu dans le paragraphe 252 (4) n'a pour objectif que de s'assurer que les conjoints de fait ne cessent d'être des personnes liées que dans la mesure où ils vivent séparés pour cause d'échec de l'union pour une période d'au moins 90 jours. Cela permettrait une application équitable de toutes les dispositions de la loi qui visent les ruptures d'union. Il est clair que cette extension donnée au terme « conjoint » ne vise pas à permettre aux conjoints de fait d'intégrer le système fiscal applicable aux gens mariés sur demande et d'en être exempts de la même façon. La règle doit être claire pour tous, et tous les conjoints, qu'ils vivent dans le cadre du mariage ou en union de fait, doivent être soumis au même régime fiscal, et ce, jusqu'à la cessation de la vie commune.

Une autre situation épineuse existe lorsqu'un des membres d'un couple décède alors qu'un enfant est à naître de leur union et que la période de vie commune est inférieure à 12 mois. Puisque ces personnes ne seront pas considérées au titre de conjoints, il leur sera impossible de bénéficier du roulement de biens au décès en faveur du conjoint survivant. Nous sommes d'opinion que la loi devrait être modifiée afin de prévoir cette circonstance. Au Québec, la définition du terme « conjoint » contenue dans la *Loi sur l'assurance-automobile du Québec*⁵² a été récemment modifiée afin d'englober cette situation.

Par ailleurs, nous aurions espéré que la reconnaissance des conjoints de fait à titre de conjoints soit l'objet d'une vaste campagne de publicité afin de bien informer le grand public de cette nouvelle mesure. Compte tenu du

52. *Loi sur l'assurance-automobile du Québec*, L.Q. 1989, c. 15.

haut degré de subjectivité lié à cette détermination, il aurait été important que le Ministère publie un guide truffé d'exemples et de critères afin de permettre aux contribuables de remplir adéquatement leur déclaration et d'éviter ainsi les tracasseries administratives et pécuniaires qui résultent d'une divergence d'opinions quant à l'application d'une question de fait entre les autorités fiscales et le contribuable. Hélas, aucune campagne d'information n'a été mise sur pied à ce sujet en vue de la préparation des déclarations de revenus à l'égard de l'année 1993.

2.3 Les autres conséquences de la nouvelle définition

La modification visant les conjoints de fait s'applique à toutes les fins de la loi. Par conséquent, les planifications fiscales touchant les conjoints de fait devront être repensées puisque tous les aspects fiscaux visant les conjoints s'appliquent maintenant aux unions de fait. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les conséquences de ces propositions seront parfois bénéfiques et parfois néfastes pour les parties en cause. Il faudra revoir, entre autres, les conséquences découlant de l'application des règles d'attribution, du roulement entre vifs et au décès, de la résidence principale, des pertes apparentes, des réserves et de la réception de dividendes par le conjoint.

La reconnaissance du statut de conjoint de fait est accompagnée d'une réforme de la loi visant à permettre un meilleur équilibre afin d'éviter que des solutions fiscales différentes ne soient obtenues lorsque les situations factuelles sont substantiellement identiques. Ainsi, le crédit équivalent au crédit de personne mariée dont bénéficiaient les conjoints de fait parents d'un enfant⁵³ est éliminé à compter de 1993 lorsque ces personnes sont assimilées à des conjoints. La distorsion fiscale qui existait à cet égard est maintenant chose du passé. Ce crédit est toutefois maintenu lorsque le parent de l'enfant n'a pas le statut de conjoint. Par conséquent, les familles monoparentales continuent de bénéficier de ce crédit enrichi. Le crédit de personne mariée sera donc ouvert à tous les conjoints, qu'ils soient mariés ou qu'ils vivent en union de fait.

Certains défendent la position que les conjoints de fait ne devraient pas être traités de la même façon que les couples mariés puisqu'ils ont choisi de vivre en dehors du cadre matrimonial. Dans leur étude portant sur la famille comme unité d'imposition, Brown et Woodman⁵⁴ ont émis en 1981 l'opinion que les dispositions fiscales attribuables aux personnes mariées ne devraient pas s'appliquer aux conjoints de fait, hétérosexuels ou homo-

53. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 118 (1) b).

54. C. BROWN et F. WOODMAN, « Taxation of the Family », dans B.G. HANSEN, V. KRISHNA et J.A. RENDALL, *Canadian Taxation*, Don Mills, De Boo, 1981, p. 1024.

sexuels, entre autres pour des raisons d'efficacité administrative. Selon ces auteures, « the tax position of two individuals considered « married » will depend on a number of variables. These variables may change from year to year. » Ces auteures sont aussi d'avis que, contrairement aux couples mariés, les conjoints de fait « lack complete common economic interests⁵⁵ ». Pour notre part, nous estimons que les intérêts économiques existant dans un couple marié sont possiblement plus divergents en 1993 qu'ils ne l'étaient il y a une dizaine d'années, lorsque ces auteures ont effectué leur étude, compte tenu des nouvelles lois provinciales applicables aux personnes mariées et qui ont pour objectif de créer un patrimoine commun sélectionné parmi les biens acquis au cours du mariage. En réaction à cette mesure créant un quasi-régime de communauté, une personne mariée pourrait être tentée de se constituer une réserve qui lui sera propre et qui ne fera pas l'objet d'un partage advenant une rupture du lien matrimonial. Par ailleurs, puisque les conjoints de fait du Québec ne sont pas visés par les dispositions législatives portant sur le patrimoine familial, chacun demeure propriétaire de ses acquisitions advenant une rupture de l'union. En réaction à ce vide juridique, les conjoints de fait pourraient plutôt avoir le réflexe d'acquérir des biens en commun de façon à rétablir un certain équilibre advenant une cessation de vie commune. Pour ces motifs, la communauté d'intérêt économique factuelle nous semble aujourd'hui aussi présente chez les conjoints de fait que chez les personnes mariées. Cette position est partagée par Lacroix : « Il se peut que la communauté d'intérêt économique entre les conjoints de fait soit si puissante, plus puissante en fait que celle existant entre certaines personnes mariées, la confiance mutuelle des parties palliant alors le vide juridique existant entre elles⁵⁶. »

Quoi qu'il en soit, le choix du traitement fiscal accordé à une transaction ou à un acte juridique devrait être dicté seulement par les conséquences économiques du geste fait et non par le statut civil des parties de telle sorte qu'une plus grande équité serait atteinte dans le système fiscal du Canada.

Par ailleurs, la loi prévoit l'octroi de certains bénéfices fiscaux ayant comme objectif le soutien des enfants et dont le montant est établi en fonction des revenus des « parents ». Lorsqu'un des conjoints de fait n'est pas le parent des enfants de l'autre, est-il alors souhaitable que le revenu de ce « non-parent » soit pris en considération dans le calcul de la richesse familiale ? Ce « non-parent » n'a aucune obligation légale de soutien à l'égard des enfants de l'autre conjoint, si ce n'est celle qui découle de

55. *Ibid.*

56. D. LACROIX, *op. cit.*, note 24.

l'obligation du parent *in loco parentis*. La question demeure entière et mérite réflexion.

3. Les frais de garde d'enfants

Introduite par la réforme fiscale de 1972, la déduction pour frais de garde d'enfants⁵⁷ était, jusqu'en 1982, réservée aux femmes. L'homme ne pouvait y avoir droit que s'il n'était pas marié, s'il était séparé de sa conjointe, si son épouse était en prison pour au moins deux semaines ou si l'état physique ou mental de son épouse l'empêchait de prendre soin de ses enfants⁵⁸.

Le système fiscal canadien étant fréquemment copié sur le système américain, il n'est pas surprenant de constater que cette mesure discriminatoire a existé aux États-Unis de 1954 jusqu'en 1975. Alors que les tribunaux canadiens ont jugé que cette discrimination était acceptable⁵⁹, aux États-Unis elle fut déclarée inconstitutionnelle⁶⁰.

Avant 1972, la loi ne contenait aucune mesure fiscale permettant de déduire les frais de garde d'enfants puisque cette dépense était considérée comme de nature purement personnelle. En 1966, la commission Carter avait suggéré l'instauration d'un crédit d'impôt applicable aux familles ayant un enfant et plus à condition que les deux parents aient été sur le marché du travail pour une période de plus de 120 jours au cours de l'année. Puis, le livre blanc⁶¹ de 1969 a reconnu qu'une aide fiscale à l'égard des enfants était requise, mais a rejeté la notion du crédit d'impôt, pourtant très avant-gardiste et progressiste. Une déduction n'excédant pas 2 000 \$ par famille ou 500 \$ par enfant fut donc introduite dans la loi à compter du 1^{er} janvier 1972, la déduction étant toutefois conditionnelle à ce que les deux parents soient sur le marché du travail. Cette condition a cependant

57. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, art. 63.

58. *Id.*, par. 63 (2), modifié par S.C. 1983-84, c. 1, par. 25 (1).

59. *Luis Ayala c. La Reine*, 79 D.T.C. 5083 (C.F.).

60. *Moritz c. CIR*, 469 F.2d. 466 (10th Cir. 1972); *certiorari* refusé, 412 US 960 (1973).

61. E.J. BENSON, *op. cit.*, note 7, p. 17. Dans son étude du livre blanc, le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques émit le commentaire suivant sur la pertinence d'une telle déduction fiscale : « Nul doute qu'il est souhaitable d'aider les gens qui sont dans le besoin. Le cas de la femme qui travaille de son plein gré est cependant différent. On a l'impression, ou du moins l'avait-on autrefois, qu'il ne faudrait pas l'encourager à laisser ses enfants. On rétorque qu'il est improbable qu'un avantage fiscal modifie la décision d'une femme qui a résolu de rester près de ses enfants, non plus que l'absence d'un tel avantage n'empêcherait pas une autre de les quitter si elle le voulait » (l'italique est de nous) : CANADA, 18^e rapport du Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques au sujet du livre blanc sur la réforme fiscale, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970, p. 14.

été perçue par un auteur comme « a somewhat perverse social incentive⁶² ».

En 1992, cette déduction n'est théoriquement plus strictement réservée⁶³ aux femmes. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que, de façon générale, seul le plus bas salarié peut utiliser la déduction. Néanmoins, le plus haut salarié peut se prévaloir de ce droit dans certaines circonstances exceptionnelles, soit lorsque l'autre personne est aux études à plein temps, est incapable physiquement ou mentalement de s'occuper de son enfant ou a passé au moins deux semaines en prison dans l'année.

Par ailleurs, au moment de la séparation des conjoints, la personne ayant la garde des enfants peut se prévaloir de la déduction. Si cette garde est conjointe, chaque parent peut réclamer sa part. Toutefois, si les parties vivent séparées à la fin de l'année visée et que cette séparation dure au moins 90 jours au cours de cette année et qu'une réconciliation a lieu dans un délai de 60 jours suivant la fin de cette année, la déduction peut être utilisée par le contribuable ayant eu le revenu le plus élevé au cours de l'année⁶⁴.

La mécanique du calcul de la déduction à l'égard de la garde d'enfants fonctionne de la même façon pour les parents de l'enfant, qu'ils soient mariés ou qu'ils vivent en union de fait. La terminologie employée, soit « la personne assumant les frais d'entretien⁶⁵ » vise indifféremment le parent de l'enfant ou le conjoint du contribuable. Or, le parent de l'enfant vivant en union de fait avec l'autre parent de l'enfant est traité, sur le plan fiscal, de la même façon que s'il était le conjoint du contribuable.

La situation est différente lorsque les parents de l'enfant, qu'ils soient mariés ou non, ne font plus vie commune et que la personne ayant la garde de l'enfant vit en union de fait avec une autre personne qui ne réclame aucun crédit prévu dans l'article 118 à l'égard de cet enfant. Dans cette situation, le conjoint de fait qui n'est pas le parent de l'enfant et qui n'adopte pas l'enfant n'est pas considéré comme une personne assumant les frais d'entretien à l'égard de cet enfant de telle sorte que seul l'autre conjoint est en droit de réclamer cette déduction. Il est peut-être logique qu'il en soit ainsi dans la mesure où l'on veut que cette déduction soit

62. V. SALIZYN, *Canadian Income Tax Policy*, Don Mills, CCH, 1977, p. 124.

63. Compte tenu de la restriction énoncée dans la suite du texte, il est possible de prétendre que cette déduction est majoritairement utilisée par la femme ; en effet, chez les diplômées d'université, les femmes travaillant à plein temps en 1984 gagnaient en moyenne 87 p. 100 du salaire moyen d'un homme ; en 1987, ce rapport a diminué pour atteindre 82 p. 100 : T. WANNEL, *Statistiques Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1989, Étude n° 26.

64. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 63 (1) a) et sous-al. 63 (2) b) (vi).

65. *Id.*, al. 63 (3) d).

directement liée au lien de filiation entre le parent et l'enfant. Toutefois, lorsqu'on considère la famille reconstituée où les deux personnes choisissent de vivre en union libre, la réalité économique qui caractérise cette union n'est guère différente de celle qui s'applique chez le couple marié. La modification de la notion de conjoint corrige donc cette situation.

Par ailleurs, la loi prévoit que la déduction des frais de garde d'enfants est interdite lorsque la garde en est confiée au père ou à la mère de l'enfant⁶⁶. Cette exception a été instaurée de façon à empêcher qu'un contribuable effectue un fractionnement de revenu en versant des montants pour la garde des enfants lorsque le gardien est aussi le parent de l'enfant. Toutefois, lorsqu'un parent a la garde de son enfant et qu'il verse à l'autre parent dont il est divorcé un montant au titre de la garde de cet enfant, alors que cet autre parent exploite un service de garderie sur une base commerciale, pourquoi devrait-on interdire au payeur de déduire ce paiement ? Quoique de telles situations ne soient pas courantes, nous croyons que la loi devrait être modifiée afin de corriger l'inéquité qui en découle.

La politique fiscale donnant ouverture à la déduction des frais de garde d'enfants suscite plusieurs questions. Pour quelles raisons le législateur a-t-il choisi de procéder par voie de déduction plutôt que par le mécanisme du crédit d'impôts ? Lors de la réforme fiscale de 1987⁶⁷, plusieurs déductions ont été converties en crédits d'impôt de façon à accorder à tous les contribuables le même bénéfice fiscal, peu importe le revenu du contribuable. Une déduction profite davantage aux contribuables à haut revenus qui sont inévitablement plus en mesure de couvrir les sommes nécessaires à la garde des enfants. Le bénéfice économique de la déduction pour frais de garde d'enfants à l'égard des bas salariés est minime et parfois même inexistant compte tenu des périodes de chômage découlant des fréquentes mises à pied, surtout dans les emplois les moins rémunérateurs⁶⁸.

La proposition de convertir cette déduction en un crédit d'impôt a été soulevée le 1^{er} février 1984 à la Chambre des communes par la députée de Vancouver-Est, Margaret Mitchell, sans que le ministre des Finances de l'époque, Marc Lalonde, n'y donne suite⁶⁹.

Dès 1954⁷⁰, la loi sur l'impôt américaine accordait une déduction au titre de frais de garde d'enfants pour les enfants de moins de 12 ans et pour

66. *Id.*, div. 63 (3) a) (ii) (A).

67. *Id.*, art. 118.

68. *Infra*, note 73 et le texte correspondant.

69. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1984, p. 958.

70. *Internal Revenue Code*, Act. Aug. 16, 1954, ch. 736, 68 A Stat. 3, art. 214.

les autres dépendants dont l'état de santé ne permettait pas une autonomie suffisante. Toutefois en 1976⁷¹, la déduction fut convertie en un crédit d'impôt non remboursable. Ce crédit varie aujourd'hui de 20 à 30 p. 100 des dépenses engagées, lesquelles sont plafonnées aux fins du calcul du crédit à 4 800 \$ par famille (2 400 \$ s'il n'y a qu'un enfant dans la famille). Tout comme dans le système canadien, le crédit américain est calculé en fonction du revenu le plus faible chez un couple marié et ne peut excéder 720 \$ lorsqu'il y a un enfant ou 1 440 \$ s'il y a plus d'un enfant.

Plusieurs problématiques doivent ici être abordées. Premièrement, est-il préférable d'opter pour un système de déductions ou de crédits ? Afin que le bénéfice de cette mesure soit le même pour tous les contribuables canadiens, cette subvention de l'État à l'égard d'une dépense personnelle mais combien essentielle devrait être convertie en crédit, lequel devrait même, en certaines circonstances, être remboursable⁷². Par exemple, lorsque l'enfant vit avec son parent qui est aux études et dont le seul revenu provient d'une pension alimentaire, aucune déduction au titre de frais de garde d'enfants n'est allouée dans le système actuel. Une conversion en crédit et une modification de la définition de l'expression « revenu gagné⁷³ » afin d'y inclure la pension alimentaire seraient de mise afin de rétablir une équité fiscale permettant ainsi à ce contribuable une plus grande tranquillité d'esprit en vue d'obtenir le diplôme tant convoité.

À cet égard, en 1984, le U.S. Treasury Department, s'appuyant sur la notion d'équité verticale, a émis une opinion divergente dans une recommandation visant à reconverter les crédits en déductions : « such expenses constitute legitimate costs of earning income adding that the choice of the deduction reflects the view that progressivity should be provided directly through the rate structure⁷⁴ ».

La deuxième problématique vise le plafond des dépenses admissibles à titre de frais de garde d'enfants. Il est certain que, pour les moins bien nantis, le pourcentage du budget alloué à ce poste de dépenses est tel qu'il est peu probable que le plafond établi par la loi soit atteint. Cette réalité économique est d'autant plus vraie depuis le budget du 25 février 1992 où

71. L'article 214 a été abrogé par le *Tax Reform Act*, Oct. 4, 1976, Pub. L. 94-455, 90 Stat. 1607, et remplacé par l'*Internal Revenue Code*, précité, note 70, art. 21.

72. Le crédit d'impôt (ancien article 122.2) pour enfants aboli par l'introduction de la prestation familiale (art. 122.6) était un crédit remboursable.

73. *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 1, al. 63 (3) b). Contrairement à la notion de revenu gagné dans le cadre des frais de garde d'enfants, le revenu gagné calculé aux fins des dispositions fiscales portant sur le régime enregistré d'épargne-retraite comprend la pension alimentaire incluse au revenu.

74. M. GRAETZ, *Federal Income Taxation*, 2^e éd., Westbury, The Foundation Press, 1988, pp. 314-315.

l'on a haussé le plafond à 5 000 \$ par enfant par année pour un enfant de moins de 7 ans et à 3 000 \$ pour les autres, cela couvrant la majeure partie des frais réels de garde d'enfants. Il nous semble donc que chaque hausse de plafond profite presque uniquement aux mieux nantis.

Qu'arrive-t-il lorsque les frais engagés excèdent le plafond ? Le contribuable dont la source principale de revenu provient d'un emploi ne peut malheureusement profiter d'aucun allégement fiscal supplémentaire. Ce dernier pourrait cependant être tenté de réduire ses coûts en ayant recours au « marché au noir » du gardiennage. L'utilisation d'un plafond serait, quant à nous, l'une des causes⁷⁵ de l'existence des réseaux parallèles qui, comme nous le savons, font perdre des millions de dollars annuellement au gouvernement. Le contribuable dont la principale source de revenus provient d'une entreprise ou d'un bien peut toujours tenter d'utiliser le mécanisme de l'alinéa 18 (1) a qui prévoit la possibilité de déduire toute dépense faite ou engagée en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien⁷⁶. Si les tribunaux en viennent à la conclusion qu'une telle dépense est admissible, et ce point fera l'objet de nos prochains commentaires, un tel contribuable sera alors nettement favorisé par rapport à celui dont la principale source de revenu provient d'un emploi.

Cette possibilité pour un travailleur indépendant de déduire les frais de garde d'enfants en vertu de l'alinéa 18 (1) a de la loi a effectivement été soulevée dans l'affaire *Symes*⁷⁷. Dans cette affaire, les services de garde étaient rendus par une personne qui vivait avec la famille et s'occupait des enfants. La Cour d'appel fédérale, renversant une décision de la Cour fédérale de la section de première instance, a jugé que les frais de garde d'enfants étaient limités par le cadre de l'article 63 de la loi et que tout excédent n'était pas déductible. Le jugement de la Cour fédérale de la

75. L'auteur ne prétend pas que cette situation constitue la cause principale de l'existence d'un marché au noir du gardiennage.

76. Selon la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, cette dépense est purement personnelle. « Pour plus de certitude et pour s'assurer que les frais de subsistance manifestement encourus à titre personnel ne soient déduits, les règlements devraient spécifier les dépenses qu'on ne pourrait, en aucune circonstance, déduire du revenu brut des employés ou de tout autre individu. Les dépenses telles que le transport en banlieue, la garde des enfants et les cotisations à titre de membre de clubs récréatifs devraient être expressément rejetées comme déductions du revenu » : CANADA, COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *op. cit.*, note 8, t. 3, p. 331.

77. *R. c. Symes*, [1991] 3 C.F. 507 (Cour d'appel fédérale), 91 D.T.C. 5397, confirmé par la Cour suprême du Canada le 16 décembre 1993 : alors que les juges majoritaires (tous de sexe masculin) ont refusé d'y voir un aspect discriminatoire, les femmes-juges, dans une dissidence magistrale, énoncent que la loi répond beaucoup plus aux besoins d'une population de sexe masculin. (1989) 3 C.F. 59 (Cour fédérale, section de première instance), 89 D.T.C. 5243.

section de première instance demeure intéressant puisqu'il fait appel à un raisonnement très contemporain et dénote une ouverture d'esprit de la part du tribunal quant à l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À cet égard, les passages suivants du juge Cullen sont très significatifs :

C'est ainsi que la question de la déductibilité du salaire de Simpson doit être interprétée en tenant compte des réalités sociales et économiques de l'époque⁷⁸.

[...]

Ce qui rend ce cas unique est que, en vertu de la loi, la demanderesse a l'obligation légale de s'occuper de ses enfants, et que c'est cette obligation légale qui distingue le coût du soin des enfants d'autres types de dépenses qui ont été ou pourraient être qualifiés de frais de subsistance personnels⁷⁹.

[...]

Selon des rapports gouvernementaux, le présent système ne fournit pas des services de garde d'enfants en quantité suffisante pour les femmes canadiennes. Le coût de la garde d'enfants prend une portée considérable du revenu des femmes (environ un cinquième) et est considéré comme un poste coûteux. En tant que poste coûteux, il constitue un obstacle à l'accès des femmes à l'économie⁸⁰.

Aux États-Unis, cette déduction a aussi été refusée par le Board of Tax Appeals en 1939. Le contribuable avait alors argumenté que cette dépense était une « necessary business expense », cela étant la condition requise afin de pouvoir déduire une dépense en vertu de l'article 162 de l'*Internal Revenue Code* (l'équivalent de l'alinéa 18 (1) a)). Le juge avait alors conclu de la façon suivante : « Yet, these [les frais de garde d'enfants] are the very essence of those personal expenses the deductibility of which is expressly denied⁸¹. »

Il faut cependant préciser que ce litige est survenu bien avant que la législation américaine n'autorise une déduction pour ces frais. Le Congrès a certainement tenu compte de cette décision lorsque, en 1954, il a instauré la déduction pour frais de garde d'enfants. À cet égard, Chirelstein affirmait : « To allow those expenses would be similar in effect to an across-the-board reduction of tax rates, but with greater benefit going to higher-income families for whom deductions have the largest values⁸². »

Même si nous sommes d'accord avec la conclusion à laquelle en est venue la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Symes*, puisque permettre cette déduction favoriserait indûment les mieux nantis qui peuvent se payer le luxe d'une personne à plein temps à la maison, nous émettons des

78. *R. c. Symes*, [1989] 3 C.F. 72.

79. *Id.*, 74.

80. *Id.*, 84.

81. *Smith v. CIR*, 40 BTA 1038 (1939), confirmé par 113 F.2d 114 (2d Cir. 1940).

82. M.A. CHIRELSTEIN, *Federal Income Taxation*, 5^e éd., Westbury, The Foundation Press, 1988, p. 90.

réerves quant aux motifs exprimés selon lesquels l'article 63 devait être le seul article permettant une telle déduction et que, partant, celle-ci ne devait pas être autorisée par l'alinéa 18 (1) a)⁸³ : « J'en viens donc à la conclusion que la situation précise de l'intimée en est une littéralement et fondamentalement différente de celle que le parlement avait clairement en vue lorsqu'il a adopté, puis modifié l'article 63⁸⁴. »

Cette conclusion qui reprend en quelque sorte la maxime de Montaigne « qui énumère, exclut » nous laisse perplexe puisqu'elle ignore totalement l'existence d'autres articles de la loi qui, compte tenu de l'importance du litige, auraient dû être analysés par le tribunal afin de mieux en saisir la portée. Nous aurions souhaité que le tribunal indique plus clairement les motifs justifiant de ne pas appliquer l'alinéa 18 (1) a) qui autorise la déduction d'une dépense engagée afin de gagner un revenu d'entreprise. Dans le cas présent, cette dépense a effectivement été assumée par un contribuable qui a un statut de travailleur indépendant et qui, *a priori*, bénéficie des largesses de l'alinéa a). Il aurait été intéressant de vérifier les liens que le tribunal aurait pu faire avec l'alinéa 18 (1) h) qui interdit toutefois à un travailleur indépendant de réclamer une déduction à l'égard des frais personnels et de subsistance, dont les frais de garde d'enfants font possiblement partie.

Il est intéressant de comparer l'article 63 avec l'article 62 qui autorise la déduction des frais de déménagement d'un contribuable d'une résidence à une autre. Cette déduction n'est pas permise précisément par l'article 8, cela impliquant nécessairement que, sans l'article 62, elle serait prohibée dans le calcul du revenu de charge et d'emploi. Par ailleurs, dans le calcul du revenu d'entreprise et de bien, la déduction de ces frais pourrait s'effectuer selon l'alinéa 18 (1) a), sauf si la dépense est de nature personnelle. Peut-on avoir une application mixte de l'alinéa 18 (1) a) et de l'article 62 ? La réponse est évidemment positive, l'article 62 reconnaissant même cette possibilité à l'alinéa 62 (1) e) lorsqu'il indique que la dépense est déductible dans la mesure où « les sommes ne seraient pas, sans le présent article, déductibles dans le calcul du revenu du contribuable ». La loi prévoit donc qu'une autre disposition de la loi peut s'appliquer simultanément à l'article 62. Cette possibilité n'étant pas prévue par l'article 63 dans le cas des frais de garde d'enfants, nous devons donc conclure que l'article 63 doit être, aux yeux du législateur, la seule disposition permettant une telle

83. À cet effet, voir un commentaire dans R.B. THOMAS, « No to Nanny Expense Deduction », (1991) 39 C.T.J. 950 ; voir aussi G. DU PONT, *Jurisprudence récente*, Conférence n° 21, 16^e Congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière, Montréal, 1991, p. 117.

84. *Symes c. Canada*, [1991] 3 C.F. 525.

déduction, cette dépense étant perçue comme une dépense personnelle au sens de l'alinéa 20 (1) h), contrairement à ce qui a été retenu par le juge de première instance.

Dans cette cause, il est aussi intéressant de noter l'ouverture créée par la Cour fédérale de la section de première instance dans l'interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

En conséquence, je conviens avec l'avocate de la demanderesse qu'il existe une distinction dans ce cas particulier et une discrimination à l'égard de la demanderesse, relativement aux caractéristiques personnelles telles que le sexe, l'état parental, et ceci fait qu'elle a des charges, des obligations et des désavantages que l'on n'impose pas aux autres⁸⁵.

La Cour d'appel fédérale a choisi une voie plus traditionnelle en refusant d'y voir un aspect discriminatoire :

Le parlement, en adoptant l'article 63 et en décidant de créer un nouveau type de déductions personnelles destiné aux parents et visant les frais de garde d'enfant, a fait un choix politique, social et économique. Ce choix favorise, selon la preuve faite, davantage les femmes que les hommes, ce dont ne s'est pas plainte l'intimée. Je ne vois pas comment une disposition qui favorise toutes les femmes pourrait porter directement ou indirectement atteinte au droit des femmes à l'égalité, et je ne suis pas prêt à reconnaître que les femmes professionnelles forment un groupe défavorisé à l'égard duquel une forme de discrimination reconnue par l'article 15 a été exercée par l'adoption de l'article 63 ou serait exercée par le refus de cette cour d'interpréter l'alinéa 18(1)a) de manière à accorder à une mère travaillant à son propre compte une déduction additionnelle pour dépenses d'entreprise⁸⁶.

Cette même cour a toutefois émis un commentaire intéressant qui dénote bien la complexité du problème, tant sur le plan de l'interprétation de la loi que par rapport aux conséquences du jugement sur la société :

On demande ici à la cour non seulement de nager dans des eaux socio-économiques des plus troubles, mais aussi de nager à contre-courant d'une solution expressément retenue par le Parlement de préférence à celle proposée par l'intimée⁸⁷.

Le litige survenu dans l'affaire *Symes* nous force à nous interroger sur les conséquences fiscales d'une dépense à répercussion mixte, c'est-à-dire une dépense engagée dans un contexte personnel ayant pour objectif de permettre au contribuable de gagner un revenu d'entreprise. Un exemple d'une telle dépense serait l'achat d'un vêtement chic et dispendieux qui serait porté par un travailleur indépendant. L'achat d'un tel vêtement est effectué puisqu'il est de mise de se vêtir adéquatement pour aller travailler ce qui, *a priori*, constitue une dépense de nature purement personnelle ; toutefois, le montant de la dépense est influencé par l'image que le con-

85. R. c. *Symes*, précité, note 78, 82.

86. R. c. *Symes*, 91 D.T.C. 5386, 5397.

87. *Ibid.*

tribuable veut dégager en portant ces vêtements au travail, ce qui laisse sous-entendre que la dépense a été, à tout le moins, partiellement engagée afin de gagner un revenu. Cette situation peut être comparée aux dépenses de frais de garde d'enfants, à la différence que cette dernière dépense a un caractère obligatoire pour le parent qui désire travailler à l'extérieur du foyer, alors que les dépenses d'habillement doivent être effectuées même par le parent qui désire demeurer à la maison. Cela justifie la déduction des frais de garde d'enfants même s'ils peuvent être caractérisés de dépenses à répercussion mixte.

Permettre la déduction demandée dans l'affaire *Symes* contribuerait seulement à élargir le fossé fiscal entre les employés et les travailleurs indépendants. La difficulté d'interprétation de la loi soulevée dans cette affaire pourrait être minimisée si la *Loi de l'impôt sur le revenu* adoptait le concept américain de « ordinary and necessary expense⁸⁸ ». Cette terminologie vise à tracer des points de repère afin de qualifier la dépense avant de vérifier si elle a été engagée afin de gagner un revenu. Ce test permet de vérifier le caractère ordinaire de la dépense ; autrement dit, devant une telle situation, le juge devrait alors se demander si cette dépense est courante dans les circonstances. Que ces frais aient un caractère « nécessaire », nul ne peut en douter ; toutefois, cette nécessité doit-elle être interprétée de façon à comprendre la situation précise visée dans l'affaire *Symes* ? Nous préférons laisser le lecteur répondre à cette question.

Afin de régler ce litige, l'auteur américain Chirelstein suggère que cette dépense mixte, depuis la décision dans l'affaire *Smith*⁸⁹, doit être résolue de la façon suivante : « It is the basic terms of existence of a person *already at work* which marks the boundary between business and personal expense⁹⁰. »

Au-delà du problème purement fiscal soulevé dans cette décision, nous croyons que ce litige est simplement un indicateur de la discrimination dont fait preuve le législateur « fiscal » à l'égard des particuliers, et plus spécialement les femmes. Bien sûr, une telle déduction n'est pas allouée seulement aux femmes ; toutefois, puisqu'elle ne peut être réclamée, dans une union biparentale, que par le contribuable ayant le revenu le moins élevé, elle sera généralement prise par la femme qui, selon les statistiques, a un revenu inférieur à celui qui est gagné par l'homme. Par ailleurs, dans le cas d'une famille monoparentale, la garde des enfants étant majoritairement confiée à la femme, c'est elle qui devra se débrouiller avec les problèmes fiscaux qui en découlent.

88. *Internal Revenue Code*, précité, note 70, art. 162 (a).

89. *Smith c. CIR*, précité, note 81.

90. M.A. CHIRELSTEIN, *op. cit.*, note 82, p. 90.

Ainsi, la loi pêche par discrimination dans l'application de multiples dispositions fiscales ; cette notion est si vaste et complexe qu'elle mérite d'être étudiée en profondeur dans une recherche subséquente.

Conclusion

En matière de fiscalité familiale, l'annonce faite dans le document budgétaire du 25 février 1992 permettant un élargissement du terme « conjoint » constitue seulement, nous l'espérons, le début d'une longue réflexion qui mènera les contribuables canadiens vers un système fiscal plus équilibré et plus simple à comprendre et à administrer.

Une fois que les problèmes énoncés dans le présent texte auront été réglés, nous suggérons au ministère des Finances de s'attaquer au concept de la déductibilité du paiement de la pension alimentaire. En effet, tout le système de déductibilité et d'inclusion doit être repensé afin de redéfinir des règles plus claires et plus objectives. Les tribunaux ont eu maintes fois à vérifier si un paiement de pension alimentaire était effectué en règlement des droits découlant du mariage ou si ce paiement était de nature d'une pension alimentaire. Une défiscalisation complète de la notion de pension alimentaire serait certes un pas dans la bonne direction.

Aux États-Unis, depuis 1984, des règles plus claires ont été énoncées afin de s'assurer qu'un paiement qui s'étend, en vertu d'une convention, au-delà du décès du bénéficiaire n'est pas de nature alimentaire et ne constitue pas un revenu pour le bénéficiaire de la somme⁹¹. De la même façon, les paiements dont la durée est inférieure à trois ans sont présumés ne pas être totalement de nature alimentaire de telle sorte que, si le paiement de la première année excède la moyenne des paiements des deuxième et troisième années par un montant supérieur à 15 000 \$, le payeur devra réinclure à son revenu de la troisième année cet excédent au-delà de la somme de 15 000 \$, sauf si le paiement a cessé à la suite du décès de l'une des parties ou du remariage du bénéficiaire du paiement.

Par ailleurs, en matière de fiscalité québécoise, dans le calcul de la réduction d'impôt à l'égard de la famille, il n'est pas logique que les revenus des personnes séparées ou divorcées soient cumulés dans l'année de la séparation ou du divorce puisque cette information est parfois simplement impossible à obtenir et que la fortune personnelle de l'ex-conjoint n'est dorénavant plus pertinente dans l'établissement de la capacité de payer d'un contribuable pour l'année donnée.

91. *Internal Revenue Code*, précité, note 70, art. 71 et 215.

À la lumière de ce que nous avons énoncé, nous croyons qu'une commission d'enquête sur la fiscalité familiale devrait être instituée afin d'analyser les besoins des contribuables en vue d'établir une politique claire, concise et réaliste qui tiendra compte de la nouvelle réalité familiale à l'aube du *xxi^e* siècle.